

WYROK

z dnia 10 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2022 roku przez wykonawcę: Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli z siedzibą w Lublinie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 20 stycznia 2022 r.;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli w Lublinie, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego: Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli w Lublinie na rzecz wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli z siedzibą w Lublinie

(dalej: „zamawiający” lub „COZL”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” pn. Świadczenie usług prawnych we wszystkich dziedzinach działalności COZL - nr sprawy: COZL/DZP/ED/3412/TP-72/21 (dalej: „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 sierpnia 2021 r. pod numerem: 2021/BZP 00087501/01.

W dniu 20 stycznia 2022 r., zamawiający przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu postępowania, wskazując jako podstawę prawną dokonanej czynności art. 255 pkt 5 ustawy Pzp.

W dniu 25 stycznia 2022 r. wykonawca: Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 255 pkt. 5 ustawy Pzp, poprzez błędne zastosowanie i bezpodstawne uznanie, iż w postępowaniu zaszła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, w postaci stwierdzenia, że po wszczęciu postępowania wystąpiły zmiany epidemiologiczne i organizacyjne, skutkujące koniecznością dokonania przesunięć finansowych i niecelowością udzielenia zamówienia, podczas gdy okoliczności te nie stanowią przesłanki, o której traktuje przepis art. 255 pkt. 5 ustawy Pzp, gdyż zostały opisane i wykreowane do postaci „nieprzewidzianych” przez zamawiającego, jedynie w celu dokonania czynności unieważnienia postępowania i zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 20 stycznia 2022 r. oraz dalsze prowadzenie postępowania, w tym badanie i ocenę ofert; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania, na fakty w nim wskazane; a także obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Izbą.

Odwołujący, uzasadniając powyższe argumentował, że w dniu 20 stycznia 2022 r., zamawiający przekazał informację o unieważnieniu postępowania, wskazując jako podstawę prawną dokonanej czynności art. 255 ust. 5 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie, wskazał trzy okoliczności, tj. istotną zmianę okoliczności faktycznych mających decydujące znaczenie dla prowadzenia postępowania oraz realizacji umowy: (1) brak przewidzienia wystąpienia okoliczności skutkujących niecelowością prowadzenia procedury, a tym samym w konsekwencji niecelowością realizacji umowy; (2) wystąpienie interesu publicznego; (3) okoliczność, iż postępowanie uległo niespodziewanemu wydłużeniu, zaś dotychczasowa umowa na obsługę prawną uległa zakończeniu z dniem 15 września 2021 r. Zamawiający podkreślił także konieczność dokonania przesunięć finansowych na środki ochrony w związku z trwającą pandemią, jak również wskazał na fakt zatrudnienia radcy prawnego. Powyższe okoliczności, zdaniem zamawiającego, uzasadniają istnienie interesu publicznego (który szerzej nie został opisany w pisemnych motywach składających się na uzasadnienie czynności unieważnienia).

Odwołujący przypomniał, że zgodnie z przepisem art. 255 pkt. 5 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W ocenie odwołującego wskazywane przez zamawiającego w piśmie okoliczności, stanowią jedynie próbę nierozstrzygnięcia postępowania i zostały po otwarciu oferty, które miało miejsce w dniu 3 grudnia 2021 r., w sposób sztuczny i pozorny wytworzone przez zamawiającego. Istota sprawy sprowadza się do faktu, że zamawiający samodzielnie najpierw podjął decyzję o wszczęciu postępowania - chcąc uzyskać usługi prawne od zewnętrznej kancelarii, przeznaczając na ten cel określone środki finansowe - zaś następnie, motywowany jedynie sobie znanymi przyczynami, dokonał jej zmiany ustalając, iż obsługę prawną chciałby otrzymać od zatrudnionego (jedynie można domyślać się, że w stosunku pracy) radcy prawnego.

Odwołujący przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, zapadłe na gruncie niezwykle podobnej w okolicznościach sprawy, w reżymie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, lecz zachowującym swoją aktualność w którym stwierdzono, że zmiana decyzji

zamawiającego co do sposobu realizacji określonych zadań publicznych nie stanowi sama w sobie ochrony interesu publicznego (tak: wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2018 r., KIO 2526/18).

Oczywistym jest, że bieżącą, stałą pomoc prawną można otrzymać w dwojaki sposób: albo poprzez zatrudnienie na etacie zespołu prawników, albo poprzez zawarcie umowy z zewnętrzną kancelarią prawną, przy czym często zamawiający decydują się na oba

sposoby, łącząc w strukturach różne rodzaje współpracy. Nagła zmiana praktyki zamawiającego w tym zakresie budzi uzasadnione podejrzenie co do rzetelności i racjonalności podjętej przez niego decyzji w szczególności, iż tego rodzaju decyzje wpisują się w szeroko ujęte zarządzanie podmiotem publicznym i są podejmowane w ramach długofalowej polityki zarządzania.

Nadto, zmiana decyzji zamawiającego nie może być okolicznością „nie do przewidzenia” w rozumieniu przepisu art. 255 pkt. 5 ustawy Pzp. Gdyby bowiem

zamawiający zachował choćby w minimalnym wymaganym wymiarze należytą staranność, nie wszczynałby postępowania nie mając świadomości planowanych zmian w strukturze organizacyjnej. Samo wszczęcie postępowania nastąpiło w dniu 5 sierpnia 2021 r., a tym samym jedynie na niewiele ponad miesiąc do końca obowiązywania dotychczasowej umowy na obsługę prawną. W chwili wszczęcia postępowania, zachodziło zatem wysokie ryzyko nieudzielenia zamówienia publicznego przed upływem okresu trwania dotychczasowej umowy, a mimo to zamawiający - zgodnie z treścią czynności z dnia 20 stycznia 2022 r. - udzielał krótkoterminowych zleceń zewnętrznym podmiotom. Zamawiający posiada przecież własną strukturę (organizację) czy wieloletnie plany, zatem nie sposób jako nieprzewidziane okoliczności, przyjmować decyzje, zależne jedynie od wewnętrznych uwarunkowań, a następnie dopasowywać je w zależności od okoliczności po terminie otwarcia ofert. Powyższe stanowisko potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2744/17.

Dodatkowo, w orzecznictwie podkreśla się zewnętrzny charakter zmiany okoliczności, o których traktuje omawiany przepis (tak wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 593/17). W przedmiotowym postępowaniu tożsamość przedmiotu jest bezwzględna, zaś decyzja została podjęta przez tego samego zamawiającego, który uprzednio wszczął postępowanie, a tym samym ma charakter wewnętrzny.

Odwołujący stwierdził, że twierdzenia zamawiającego, jakoby interes publiczny stanowił uzasadnienie dla podjętej czynności, są całkowicie bezpodstawne. Kwestia oszczędnego i celowego wydatkowania środków publicznych nie może być wytłumaczeniem dla nieracjonalnych decyzji zamawiającego, wszak przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wprost referuje do nadzwyczajnych wydarzeń lub okoliczności. Jednocześnie, jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, względy finansowe nie mogą mieć charakteru przesądzającego. Zwróciła na to uwagę Izba w wyroku z dnia 19 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2301/16 stwierdzając, że o tym czy dana usługa leży czy nie w interesie publicznym, nie decyduje wyłącznie to czy zamawiający uzyska większą efektywność tańszą metodą. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie odnosi się bowiem do konieczności osiągnięcia lepszego efektu choćby finansowego w drodze zmiany okoliczności. Przepis wymaga jedynie, aby nastąpiła zmiana okoliczności, przez którą odpadnie interes publiczny w wykonaniu zamówienia i aby ta zmiana nie była możliwa do przewidzenia.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że przesłanka dotycząca braku środków finansowych, przeznaczonych na realizację zamówienia, została wyrażona w przepisie art. 255 pkt. 3 ustawy Pzp i dotyczy sytuacji, w której cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Jedynie w takich okolicznościach zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania, tj. jeśli nie ma możliwości sfinansowania zamówienia do oferty najkorzystniejszej. Tymczasem, w niniejszym postępowaniu kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 892 795,20 zł. brutto a tym samym, przekracza cenę najtańszej oferty (odwołującego) o ponad 200

tysięcy zł brutto. Taką kwotę zaoszczędziłby zatem zamawiający, udzielając zamówienia w myśl dotychczas prowadzonego przez siebie postępowania. Za niepolegające na prawdzie należy uznać zatem twierdzenia o potrzebie poszukiwania oszczędności, skoro był w stanie zabezpieczyć taką kwotę na sfinansowanie zamówienia, musiał on ułożyć budżet w sposób uwzględniający przedmiotowe wydatkowanie. Zresztą, ten rząd wielkości był zabezpieczony w toku poprzedniego postępowania prowadzonego w 2020 r., gdzie zamawiający otrzymał jedną ofertę, znacznie droższą od przeznaczonej na sfinansowanie kwoty, a mimo to udzielił zamówienia. Powyższe dowodzi o kondycji finansowej zamawiającego, jak również możliwości zwiększenia budżetu o tak znaczne wartości.

Co więcej, po wszczęciu postępowania, nieracjonalne jest podejmowanie spóźnionej analizy finansowej, w celu identyfikacji najbardziej optymalnych decyzji zamawiającego. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1001/14 jednoczesne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia i podejmowanie działań, niosących skutek niewykonania danego zamówienia, podważa zaufanie do partnera publicznego wykonawców, którzy w związku z zamiarem uzyskania i wykonania zamówienia czynią wysiłek logistyczny i finansowy. Takie zachowanie zamawiającego nie powinno doznawać ochrony prawnej. W przedmiotowym wyroku Izba podkreśliła doniosłą również na gruncie niniejszej sprawy kwestię, iż zamawiający, z uwagi na charakter zamówień publicznych, pozbawiony został możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, co również powoduje, iż nie może też według swego uznania odstąpić od czynności zmierzających do zawarcia umowy, jest bowiem w tym zakresie związany przepisami powszechnie obowiązującymi.

Za irracjonalne należy uznać takie działanie zamawiającego, zakładające nagle zmniejszenie się jego potrzeb związanych z obsługą prawną - dość wskazać, iż w ramach postępowania, zamawiający wymagał 4-osobowego zespołu radców prawnych lub adwokatów, zaś w chwili obecnej wszystkie czynności wykonuje jeden radca prawny. Nie ulega wątpliwości, iż skala czynności prawnych, jakie byłyby realizowane w ramach umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania nie uległa zmniejszeniu czy jakiegokolwiek zmianie. Zatem trudno za możliwe uznać, aby wszystkie te działania wykonywał jeden radca prawny, samodzielnie. Współpraca z zewnętrzną kancelarią, gwarantuje bezpieczeństwo formalnoprawne na wyższym poziomie, aniżeli zatrudnienie radcy prawnego w stosunku pracy. Przede wszystkim, zapotrzebowanie prawne obejmuje udział kilku specjalistów z różnych dziedzin prawa, zaś od jednego radcy prawnego nie sposób oczekiwać wnikliwej znajomości każdej z gałęzi. Podkreślić należy, że pracownik w stosunku pracy ma prawo do urlopów i usprawiedliwionych nieobecności związanych z rodzicielstwem lub chorobą, zaś w przypadku takich kancelarii brak jest ograniczeń czasowych - co oznacza, że niezależnie od nieobecności, ma ona obowiązek zapewnić nieprzerwaną obsługę, a tym samym zespół dedykowany do realizacji zleceń. Mnogość współpracowników zewnętrznej kancelarii pozwala także w przypadku intensyfikacji zadań na stałą obsługę przez kilka osób, zaś w przypadku jednej osoby, ograniczonej dodatkowo wymiarem etatu pracowniczego, brak jest możliwości jednoczesnej realizacji kilku zleceń. Twierdzenia zatem zamawiającego, iż zatrudnienie radcy prawnego przyczyniło się do znacznego obniżenia kosztu obsługi prawnej, wynika ze znaczącego obniżenia zakresu i wymiaru tych zadań.

Ponadto, twierdzenia zamawiającego o nieprzewidzianym rozwoju pandemii, skutkującym koniecznością znacznego zwiększenia wydatków na środki ochrony, należy uznać za nietrafne. W chwili obecnej upływają dwa lata, kiedy cały świat został dotknięty epidemią wirusa COVID-19, zatem po pierwsze - środki finansowe na ten cel powinny zostać przewidziane także z uwzględnieniem ryzyka wzrostu skali zachorowań oraz powstania nowych mutacji. Biorąc pod uwagę dotychczasowy przebieg pandemii, związany z okresowymi spadkami i wzrostami zachorowań, jak również coraz to nowe doniesienia medialne

o kolejnych mutacjach - te ryzyka powinny być wpisane. Po drugie, powstanie nowej mutacji koronawirusa nie zmienia sposobu jego zarażania drogą kropelkową - każdy wirus wymaga zachowania określonych rygorów sanitarnych, zatem środki ochronne przed wariantem Omikron, nawet jeśli wykazuje wyższą zaraźliwość, nie będą znacząco odmienne od dotychczasowych. W konsekwencji argument o istotnych zmianach w sytuacji epidemicznej nie może być uznany za zasadny.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że dokonana przez zamawiającego czynność unieważnienia postępowania została podjęta z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a także wbrew własnym wyobrażeniom o zasadach finansów publicznych, opierających się m.in. na uczciwej konkurencji i niepreferowaniu konkretnych podmiotów, bądź działania przeciwko podmiotowi.

Decyzja zamawiającego stawia również pod znakiem zapytania jego rzetelność, także w kontekście czynności uprzedniej, tj. realizacji pomocy prawnej na podstawie umów w sprawie zamówienia publicznego przez okres ostatnich kilku lat. W konsekwencji dotychczasowe działania musiałyby zostać finalnie ocenione negatywnie i zakwalifikowane jako naruszające zasady dyscypliny finansów publicznych. Nie można nie dostrzec zatem konsekwentnego dążenia zamawiającego do uniknięcia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i to właśnie z tego powodu dopiero po otwarciu ofert nastąpiła próba nieuprawnionego unieważnienia postępowania. Żadna z przyczyn przytoczonych bowiem

w treści zaskarżonej czynności nie może ani samodzielnie, ani konkludentnie stanowić o właściwym ziszczeniu przesłanki unieważnienia postępowania, z uwagi na ważny interes publiczny.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp, w dniu 27 stycznia 2022 r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości, jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przesłaną przez zamawiającego do akt sprawy, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zasła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, dając wyraz chęci ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku powyższej czynności unieważnienia i określonego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Gdyby potwierdziły się zarzuty odwołania, odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia, jego realizacji i osiągnięcia zysku z tego tytułu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Izba dopuściła i oceniła dowody wnioskowane przez odwołującego i zamawiającego, złożone na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zamieszczonym w pkt IV specyfikacji warunków zamówienia - dalej „SWZ” jest Świadczenie usług prawnych we wszystkich dziedzinach działalności COZL. Zamawiający opisał czynności, które świadczył będzie wykonawca w ramach obsługi prawnej przewidując, że do jego zadań należało będzie w szczególności: (1) stałe doradztwo prawne, udzielanie opinii prawnych i konsultacji prawnych, wyjaśnień i interpretacji obowiązujących przepisów prawa; (2) analiza umów dotyczących badań klinicznych zawieranych w języku polskim i języku angielskim; (3) sporządzanie pisemnych i ustnych opinii prawnych na polecenie oraz w terminach wskazanych przez zamawiającego, każda pisemna opinia prawna powinna zawierać co najmniej: analizę stanu prawnego oraz wnioski wskazujące prawidłowe rozwiązanie problemu formalno- prawnego; (4) bieżące prowadzenie rejestru wydawanych opinii prawnych; (5) opiniowanie i konsultowanie projektów statutów, regulaminów, zarządzeń i innych dokumentów regulujących funkcjonowanie zamawiającego; (5) opiniowanie

i konsultowaniu projektów aktów prawnych, umów oraz innych dokumentów związanych z zaciąganiem przez zamawiającego zobowiązań i nabywaniem praw; w razie potrzeby udział w negocjacjach związanych z zawarciem umowy, aneksów do umów; (6) opiniowanie projektów udzielanych pełnomocnictw i upoważnień; (7) opiniowanie czynności związanych z dochodzeniem odszkodowań, naliczaniem kar umownych, przewidzianych w umowach

zawartych przez zamawiającego; (8) świadczenie pomocy prawnej w zakresie badania zasadności oraz sposobu załatwiania skarg i wniosków; (9) opiniowanie lub przygotowywanie wraz z właściwą merytorycznie komórką zamawiającego projektów umów; (10) doradztwo prawne we wszystkich aspektach związanych ze sprawami kadrowo - płacowymi wynikającymi z Prawa Pracy; (11) doradztwo prawne we wszystkich aspektach związanych ze sprawami księgowo - finansowymi; (12) opiniowanie SWZ, umów, aneksów do umów zawartych

wg ustawy Prawo zamówień publicznych; (13) opiniowanie projektów innych pism związanych z wykonywaniem zadań w ramach danej komórki organizacyjnej zamawiającego, w tym pism dotyczących roszczeń wynikających z realizacji umów; (14) opracowywanie projektów pism sądowych, projektów pism do organów ścigania oraz innych instytucji

w związku z toczącymi się postępowaniami cywilnymi, gospodarczymi, karnymi, administracyjnymi, finansowymi i podatkowymi; (15) sygnalizacja istotnych zmian w przepisach prawnych; (16) udział w ramach pełnomocnictw uzyskanych od zamawiającego w spotkaniach i naradach z organami administracji publicznej oraz innymi podmiotami, w tym podmiotami gospodarczymi; (16) reprezentacja przed sądami administracyjnymi oraz organami administracji państwowej i samorządowej, w szczególności przed NFZ, KIO, RIO, NIK; (17) opracowywanie projektów pism sądowych, projektów pism do organów ścigania oraz innych instytucji w związku z toczącymi się postępowaniami cywilnymi, gospodarczymi, karnymi, administracyjnymi, finansowymi i podatkowymi; (18) reprezentowanie zamawiającego w zakresie postępowań sądowych związanych odpowiedzialnością podmiotu udzielającego świadczeń medycznych, w tym za skutki błędów medycznych lub naruszeń prawa; (19) reprezentowanie zamawiającego w zakresie postępowań przed Wojewódzką Komisją do Spraw Orzekania o Zdarzeniach Medycznych; (20) wykonywanie innych czynności wchodzących w zakres pomocy prawnej stosownie do potrzeb zgłoszonych przez zamawiającego; (21) doradztwo prawne na etapie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówień publicznych (dotyczy również postępowań zakończonych jak również postępowań w toku) polegające w szczególności na: (a) stałym doradztwie prawnym, udzielaniu opinii prawnych i konsultacji prawnych, wyjaśnień i interpretacji obowiązujących przepisów prawa w zakresie związanym z udzielaniem zamówień publicznych; (b) doradztwie prawnym w zakresie wyboru trybu postępowania oraz przy zawieraniu umów; (c) opiniowaniu części formalno-prawnej SWZ, w tym doradztwo prawne w zakresie stawianych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert; (d) opracowanie wzorów umów załączonych do SWZ; (e) opracowanie lub uaktualnianie wzorów SWZ zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa; (f) doradztwo prawne w zakresie opracowania odpowiedzi na zapytania wykonawców do części formalno

-prawnej SWZ oraz wzoru umowy; (g) doradztwo prawne na etapie wyłonienia wykonawców, oceny ofert i innych dokumentów składanych przez wykonawców, weryfikowania spełnienia kryteriów formalnych i merytorycznych; (g) weryfikowanie pism kierowanych do wykonawców i innych pism na etapie prowadzenia postępowania; (h) pomoc prawna w rozstrzygnięciu zagadnień proceduralnych w toku postępowania; (i) doradztwo prawne dla komisji przetargowych; (j) udział w negocjowaniu warunków umów zawieranych w trybie zamówienia z wolnej ręki jeśli zajdzie taka potrzeba; (j) konsultacje w zakresie postępowań odwoławczych; (k) wydawanie opinii prawnych, udzielanie konsultacji i wyjaśnień: każda pisemna opinia prawna powinna zawierać co najmniej analizę stanu prawnego oraz wnioski wskazujące prawidłowe rozwiązanie formalno -prawne; (l) reprezentowanie zamawiającego w postępowaniach przez Krajową Izbą Odwoławczą, sądami powszechnymi wszystkich instancji; (24) doradztwo prawne na etapie realizacji umów, rozliczenia umów zawieranych w trybie ustawy prawo zamówień publicznych (odnosi się również do umów, których stroną już jest lub był zamawiający), polegającego w szczególności na: (a) kompleksowej obsłudze prawnej w zakresie realizacji umów zawartych w trybie ustawy Pzp; (b) uczestniczeniu w przygotowywaniu projektów pism wymagających posiadania wiedzy prawniczej, w tym odpowiedzi na pisma dot. roszczeń wynikających z realizacji umów; (c) opiniowaniu i potwierdzaniu parafą prawidłowości projektów pism przygotowanych przez zamawiającego na etapie realizacji umów zawartych w trybie ustawy Pzp; (d) reprezentowaniu przed organami podatkowymi, instytucją wdrażającą oraz innymi instytucjami kontrolnymi, przygotowanie uwag do protokołów; (e) weryfikowaniu dokumentów związanych z realizacją umów, w tym związanych z dochodzeniem odszkodowań, naliczeniem kar umownych i ich egzekwowaniem; (f) udziale w radach związanych z zakończoną rozbudową COZL w razie zgłoszenia takiej potrzeby przez zamawiającego; (g) opiniowaniu umów podwykonawczych; (h) udzielaniu bieżących konsultacji prawnych w zakresie procesów inwestycyjnych realizowanych przez zamawiającego; (i) udziale w negocjacjach dotyczących umów, wprowadzanie zmian do projektów oraz umów już zawartych; (j) opiniowaniu i doradztwie prawnym w zakresie zmian do umów zawartych w trybie ustawy Pzp; (k) informowaniu niezwłocznie osób odpowiedzialnych za realizację umowy po stronie zamawiającego o dostrzeżonych

zagrożeniach dla prawidłowej realizacji umowy; (l) udziale w negocjacjach, rokowaniach, rozmowach, spotkaniach itp. w sprawach zw. z realizacją umów, bez względu na to jakie podmioty będą brały w nich udział, w przypadku uznania przez zamawiającego, że obecność prawnika jest uzasadniona; (ł) udzielaniu niezwłocznie porad prawnych ustnie, mailem, pisemnie w sprawach związanych z realizacją umów; (m) opiniowaniu lub przygotowywaniu pism wychodzących od zamawiającego związanych z realizacją umów pod kątem prawnym, w tym wskazania potencjalnych zagrożeń, skutków przekazania pism itp.; (n) reprezentowaniu zamawiającego w postępowaniach administracyjnych we wszystkich instancjach, przed organami wydającymi decyzje administracyjne w sprawach związanych z realizacją umów zawieranych w trybie ustawy prawo zamówień publicznych, w tym inwestycji. Zamawiający przewidział, że w ramach obsługi prawnej wykonawca zapewni pełną obsługę wszystkich komórek organizacyjnych zamawiającego.

Dodatkowo, zgodnie z pkt XIX SWZ świadczenie usług pięcioosobowego zespołu radców prawnych/ adwokatów ma odbywać się przez wszystkie dni robocze w godzinach 7<sup>30</sup> - 15<sup>05</sup>, w tym świadczenie usług przez jednego członka zespołu, przez cztery dni w tygodniu w godzinach 7<sup>30</sup> - 15<sup>05</sup> w siedzibie zamawiającego oraz pozostali radcy prawni/ adwokaci przez 5 dni w tygodniu po 7,35 godzin dziennie w siedzibie wykonawcy. Dodatkowo zamawiający wymagał pełnienia dyżuru telefonicznego w godzinach 7<sup>00</sup> - 22<sup>30</sup> jednego z członków zespołu, na potrzeby Dyrektora COZL.

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający, przed otwarciem ofert opublikował informację, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 892 795,20 zł. brutto.

Z kolei z treści Informacji z otwarcia ofert z 3 grudnia 2021 r. wynika, że oferty w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców: (1) Porwisz i Partnerzy - Adwokaci i Radcowie Prawni z siedzibą w Krakowie oferując za wykonanie zamówienia cenę 863 460,00 zł. brutto; (2) Kancelaria Radców Prawnych C. i Partnerzy Spółka partnerska z siedzibą w Warszawie z ceną ofertową: 663 757,20 zł brutto.

Zamawiający, pismem z dnia 20 stycznia 2022 r. poinformował o unieważnieniu postępowania, wskazując jako podstawę prawną art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Zamawiający wskazywał, że powyższa przesłanka została spełniona z uwagi na zaistnienie trzech okoliczności. Jako pierwszą wskazał fakt, że od momentu wszczęcia postępowania zaszła istotna zmiana okoliczności faktycznych, mających decydujące znaczenie dla prowadzenia postępowania oraz realizacji umowy. Ogłoszenie o zamówieniu o nr 2021/BZP 00138778/01 zamieszczone zostało w BZP w dniu 5 sierpnia 2021 r. Zgodnie z pierwotnym założeniem umowa w przedmiocie świadczenia usług prawnych miała zacząć obowiązywać od dnia 15 września 2021 r. W postępowaniu wpłynęło kilka odwołań, które w sposób bezpośredni przełożyły się na konieczność przesunięcia terminu otwarcia ofert, finalnie do dnia 3 grudnia 2021 r.

Mając na uwadze, iż od dnia 15 września 2021 r. skończyła się długoterminowa umowa z zewnętrzną kancelarią prawną na stałą obsługę prawną na rzecz COZL koniecznym było, do momentu rozstrzygnięcia ww. przetargu, krótkoterminowe zlecenie świadczenia obsługi prawnej na podstawie podprogowego postępowania.

Wyjaśniał, że w okresie ostatnich 4 miesięcy zaszły istotne zmiany w stanie faktycznym dotyczącym zapotrzebowania COZL w przedmiocie świadczonych na jego rzecz usług prawnych oraz możliwości finansowych zamawiającego. Z uwagi na obecną skalę pandemii oraz zaraźliwość wirusa w wariantcie Omicron, zamawiający zmuszony był do zweryfikowania założonych wydatków w budżecie, które miały być przeznaczone na cele związane zarówno z jego bezpośrednią działalnością, jak również poziomym wydatków powiązanych pośrednio z głównym celem prowadzonej działalności. Obecnie, czego zamawiający nie mógł przewidzieć w momencie publikacji informacji o postępowaniu, poziom wydatków ponoszonych przez zamawiającego na środki ochronne znacząco wzrósł w stosunku do wydatków, które były zakładane na 2022 r. Koniecznym zatem stało się dokonanie odpowiednich przesunięć finansowych, które w konsekwencji doprowadzają do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Z uwagi na wysoki odsetek zakażonych na terenie województwa lubelskiego oraz

stosunkowo niski procent osób zaszczepionych, zamawiający podjął decyzję o konieczności przeznaczenia środków na finansowanie zadań związanych z reagowaniem na zdarzenia epidemiczne, kosztem środków przeznaczonych na przedmiotowe postępowanie w zakresie obsługi prawnej, w celu zapewnienia możliwości świadczenia usług medycznych na rzecz pacjentów.

Ponadto, z uwagi na coraz większą inflację oraz brak adekwatnej zmiany przez NFZ w wycenie świadczeń medycznych zakontraktowanych na 2022 rok, koniecznym jest również, przeznaczenie części środków pieniężnych, które pierwotnie były przeznaczone na obsługę prawną szpitala - na bieżącą działalność leczniczą.

Niezasadnym zatem obecnie jest nawiązanie współpracy z zewnętrzną kancelarią dysponującą zespołem prawników, w sytuacji zaistnienia nagłej konieczności przeznaczenia znacznie większych środków pieniężnych na cele związane z bezpośrednią działalnością COZL. Przy tym należy również wskazać, iż za realizację umowy zgodnej z zamówieniem zamawiający musiałby zapłacić ponad 660 000 zł brutto. Z kolei średnie miesięczne wynagrodzenie prawnika w Lublinie to ok. 10 000 zł brutto (180 000 zł brutto za 1,5 roku). Mając na uwadze wskazane kwoty, zamawiający ostatecznie podjął decyzję o przeznaczeniu części kwoty wynikającej z różnicy na bieżącą działalność oraz zakup środków ochronnych w związku z pojawieniem się nowego, bardziej zakaźnego wariantu koronawirusa. W COZL bieżącą obsługę prawną zapewnia prawnik wewnętrzny.

Zamawiający argumentował również, że nie mógł przewidzieć wystąpienia okoliczności skutkujących niecelowością prowadzenia procedury, a tym samym w konsekwencji niecelowością realizacji umowy. Nie sposób bowiem było przewidzieć, iż w tak krótkim czasie zajdą tak istotne zmiany w sytuacji epidemicznej w skali nie tylko kraju, ale i świata. Stanowisko COZL jest dodatkowo uzasadnione podejmowaniem działania w zakresie przedłużania terminu do składania ofert. Zaistniała sytuacja była dynamiczna i niepewna w skutkach. COZL nie był w stanie w sposób jednoznaczny wskazać, czy umowa będzie

realizowana. Z uwagi

na otwarte postępowanie przetargowe oraz poświęcony czas na jego przygotowanie, a nadto dokonywanie zmian w SWZ, COZL postanowił je kontynuować do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy czy umowa o świadczenie usług prawnych, w kształcie do którego nawiązuje SWZ winna zostać podpisana, biorąc pod uwagę aktualny stan faktyczny. Z uwagi na obecne prognozy oraz fakt kolejnej nieznannej w rozmiarach fali zakażeń, która nastąpi wg prognoz w styczniu i lutym, zamawiający wszelkie możliwe środki przeznacza na ochronę zdrowia i zapewnienie bezpieczeństwa epidemiologicznego związanego z pandemią dla pacjentów i personelu szpitala.

Z uwagi na obecną sytuację oraz istotną zmianę w zapotrzebowaniu zamawiającego, która zaistniała w bieżącej działalności, za nieuzasadnione i nieleżące w interesie publicznym należy uznać przeznaczenie znacznych środków finansowych na świadczenie usług prawnych, z których w rzeczywistości COZL nie będzie w pełni korzystać z uwagi na konieczność reagowania na zdarzenia epidemiczne. Zamawiający podjął decyzję o zatrudnieniu radcy prawnego i tym samym znacząco zmniejszył koszty obsługi prawnej.

Ponadto wskazywał, że jego decyzja jest uzasadniona z uwagi na wystąpienie interesu publicznego. Środki finansowe, które zostałyby przeznaczone na świadczenie usług prawnych, zostaną w części przesunięte na działalność leczniczą oraz środki ochronne, na które obecnie zaistniało dużo większe zapotrzebowanie, aniżeli pierwotnie było to zakładane.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie należy podkreślić, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest czynnością szczególną w tym znaczeniu, że stanowi ono wyjątek wobec generalnej zasady, determinującej zakończenie postępowania zgodnie z celem jego prowadzenia. Celem tym jest przede wszystkim zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż prowadzenie postępowania wiąże się zarówno po stronie zamawiającego, jak też wykonawcy z określonym nakładem środków osobowych i finansowych. Mając to

na względzie zamawiający, już przed wszczęciem postępowania musi przeanalizować jakie ma w danym zakresie potrzeby, jeśli są to usługi to w jakiej formie i zakresie mają być świadczone tak, aby z jednej strony jak najlepiej spełnić jego wymagania, jednocześnie mając na uwadze, że planowany przez niego budżet podlega ograniczeniom.

Z kolei decyzja o unieważnieniu postępowania może zostać podjęta wyłącznie w okolicznościach wymienionych w przepisach ustawy Pzp, a dodatkowo musi zostać

zakomunikowana wykonawcom, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia i w sposób wyczerpujący uzasadniona. Nie ulega bowiem wątpliwości, że zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania powinien czynić to ostrożnie i dopiero po przeprowadzeniu gruntownej analizy prawnej oraz stanu faktycznego, mającego uzasadnić taki krok. Z kolei wykonawcy muszą z treści informacji o unieważnieniu dowiedzieć się

co leżało u podstaw takiej decyzji.

W kontekście powyższego należy także zwrócić uwagę, że oceniając czynność zamawiającego, polegającą na unieważnieniu postępowania o zamówienie publiczne, Izba bierze wyłącznie pod uwagę argumentację podnoszoną w treści pisma przekazanego wykonawcom w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym wszystkie inne okoliczności, czy to podnoszone w treści pisma procesowego - odpowiedzi na odwołanie czy też na rozprawie, nie mogą być podstawą do oceny prawidłowości działań zamawiającego jako, że te nie zostały zakomunikowane wykonawcom ubiegającym się o to zamówienie.

Tym samym biorąc pod uwagę wyłącznie argumentację zamawiającego zawartą w piśmie z 20 stycznia 2022 r. informującym o unieważnieniu postępowania, Izba doszła do przekonania, że nie zostały spełnione przesłanki opisane w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, uprawniające zamawiającego do podjęcia takiej decyzji.

W pierwszej kolejności nie sposób podzielić argumentacji zamawiającego, że od momentu wszczęcia przedmiotowego postępowania, co miało miejsce w sierpniu 2021 r. do stycznia 2022 r. zaszły tak istotne zmiany okoliczności faktycznych, które mogą zostać uznane za mające decydujące znaczenie dla faktu kontynuowania tego postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w tym kontekście podnosił w pierwszej kolejności, że w okresie ostatnich czterech miesięcy zaszły zmiany dotyczące jego zapotrzebowania w przedmiocie świadczonych usług prawnych, przy czym argumentował, że zmiana ta nie wynika ze zmniejszonych potrzeb w tym zakresie, ale z konieczności ograniczenia wydatków na ten cel. Jednocześnie zamawiający na rozprawie wskazywał, że nie można wykluczyć, że oprócz zatrudnienia radcy prawnego na etacie (dowód zamawiającego: umowa o pracę zawarta z radcą prawnym z 10 stycznia 2022 r.), będzie zmuszony zlecać także obsługę prawną innym podmiotom, w miarę swoich bieżących potrzeb w tym zakresie. Ponadto przyznał także, że nie jest wykluczone, że zamawiający ponownie ogłosi postępowanie na świadczenie usług prawnych w sytuacji, kiedy ponownie dojdzie do zmiany okoliczności, leżących u podstaw podjętej decyzji. Z kolei jako główne czynniki, które zamawiający wskazał, a które to miały decydować o konieczności unieważnienia przetargu były obecna skala pandemii oraz coraz wyższa inflacja, zmuszające zamawiającego do poszukiwania oszczędności.

Powyższa argumentacja nie zasługuje na aprobatę przede wszystkim z tego powodu, że aby można było mówić o podstawie unieważnienia postępowania, o której stanowi przepis art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający musi wykazać w pierwszej kolejności, że zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła i wynika ona z okoliczności obiektywnych, a po drugie, iż jest to faktycznie zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym.

Tymczasem, co wynika z treści informacji zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego (dowód odwołującego: wydruk ze strony internetowej COZL) jest on największym szpitalem onkologicznym na Lubelszczyźnie, realizuje świadczenia zdrowotne w szerokim zakresie, dodatkowo prowadząc też działalność naukowo-badawczą. Nie ulega wątpliwości, że tak szeroki zakres prowadzonej działalności wymusza korzystanie z pomocy prawnej w szerokim zakresie. Jednocześnie z uwagi na szeroki zakres działalności COZL, świadczący taką pomoc radcowie prawni czy adwokaci muszą także posiadać specjalistyczną wiedzę w zakresie, w jakim zamawiający tego wymaga. Dodatkowo należy

zauważyć,

że zamawiający nie planuje w jakimkolwiek stopniu swoją działalność ograniczyć a w konsekwencji, że jego zapotrzebowanie na świadczenie na jego rzecz usług prawnych ulegnie zmniejszeniu. Twierdzi jedynie, że potrzeby takie będzie ograniczał, nie wykluczając jednak, że jeśli taka konieczność zajdzie - będzie doraźnie korzystał z usług innych prawników, niż zatrudniony przez niego na etacie radca prawny.

Zgodzić należy się z odwołującym, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie można mówić o tym, że zaszła jakakolwiek zmiana okoliczności, która uprawniałaby zamawiającego do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający nie ograniczył w żaden sposób swojej działalności, nie zmniejszyły się zatem jego potrzeby w zakresie konieczności świadczenia usług prawnych. Z kolei jak wynika z treści pkt XIX SWZ zamawiający wszczynając postępowanie przewidział, że aby zapewnić obsługę prawną niezbędny będzie pięciosobowy zespół radców prawnych/ adwokatów, którzy będą do dyspozycji zamawiającego we wszystkich dni robocze. Dodatkowo jeden z nich miał pełnić dyżur telefoniczny w godz. 7<sup>00</sup>-22<sup>30</sup> na potrzeby Dyrektora COZL. Z pewnością nie jest zatem możliwe, aby zamawiający tak zredukował swoje potrzeby w zakresie niezbędnej obsługi prawnej, aby jedna osoba zatrudniona na etacie, była w stanie zapewnić taką obsługę nawet na minimalnym poziomie. Twierdzenia w tym zakresie Izba uznała za gołosłowne, tym bardziej, że zamawiający nie wskazał z jakiego zakresu zamawianych w postępowaniu usług zamierza zrezygnować, a dodatkowo też nie wykluczył sytuacji, że z dodatkowej pomocy prawnej będzie jednak korzystał.

Ponadto, zamawiający wskazywał na zmniejszone możliwości finansowe i konieczność przesunięcia środków przeznaczonych na obsługę prawną zamawiającego na finansowanie innych zadań, związanych z koniecznością reagowania na zdarzenia

epidemiczne. W tym zakresie Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, aby dokonanie takich przesunięć było w chwili obecnej konieczne. Zamawiający nie przedłożył żadnych

dowodów na okoliczność, że w jego budżecie brak jest środków finansowych, które będzie mógł przeznaczyć na obsługę prawną. Jak wynika z kolei z dowodów złożonych przez odwołującego na rozprawie

w kolejnych planach postępowania, publikowanych przez zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych, konsekwentnie przewiduje on kwotę 700 000,00 zł. na świadczenie usług prawnych we wszystkich dziedzinach działalności COZL. (dowód odwołującego: BZP

z 22 listopada 2021 r. nr 2021/BZP 00002525/21/P; BZP z 16 grudnia 2021 r. nr 2021/BZP 00002525/22/P). Dowodzi to, że pomimo konieczności ponoszenia innych wydatków, związanych z bieżącą działalnością, zabezpieczona została w dalszym ciągu kwota na obsługę prawną zamawiającego w wymiarze ustalonym na poziomie, kiedy postępowanie to zostało wszczęte. Z kolei gdyby sytuacja zamawiającego była tak trudna, jak twierdzi, podjąłby decyzję o przesunięciu przedmiotowych środków na cele bieżącej działalności.

Ponadto jak trafnie zauważył odwołujący w tym samym czasie, kiedy zamawiający decyduje się na rezygnację z usług prawnych, rozstrzyga inne postępowanie pn. „Usługi doradztwa w zakresie prawidłowego funkcjonowania podmiotu leczniczego” (dowód odwołującego: zaproszenie do złożenia oferty; raport wyboru oferty), wydając na ten cel kwotę 72 tys. zł. netto. Świadczy to bezsprzecznie o tym, że kondycja finansowa zamawiającego nie zmusza go do rezygnowania z innych usług doradczych. Wprawdzie zgodzić należy się z zamawiającym, że to do niego należy ocena, jakie usługi są mu niezbędne i to on ustala priorytety w tym zakresie, pamiętać musi jednak, że w pierwszej kolejności zarezerwować musi środki na realizację tych zamówień, które zaplanował wcześniej i są aktualnie w toku. Musi mieć bowiem na uwadze, że unieważnienie postępowania może mieć miejsce jedynie w okolicznościach przewidzianych przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający, powołując się na przesłankę wymienioną w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, musi również pamiętać, że unieważnienie postępowania może mieć miejsce jedynie

w przypadku, gdy zdarzeń będących podstawą podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania nie dało się w żaden sposób przewidzieć, czy też spodziewać się że takie zdarzenie zajdzie, w momencie ogłaszania przetargu. Jeżeli możliwym było przewidzenie wystąpienia takiej okoliczności to wówczas zamawiający nie może powoływać się na te podstawy.

W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający wskazał na dwa takie zdarzenia. Pierwsze z nich to aktualna skala pandemii oraz zaraźliwość wirusa w wariantcie Omikron, co powoduje konieczność przeznaczenia dodatkowych środków na walkę z pandemią.

Argument taki nie może znaleźć aprobaty z tego powodu, że w chwili wszczęcia postępowania zamawiający miał wiedzę, że na terenie Rzeczypospolitej Polskiej ogłoszony został z dniem 20 marca 2020 r. stan epidemii i trwa on do dziś. Nie ulega wątpliwości, że nikt nie jest w stanie przewidzieć w chwili obecnej ani rozwoju samej epidemii, ani też kolejnych wariantów wirusa a co za tym idzie w jakim stopniu dotknie to służbę zdrowia, a w konsekwencji też budżetu szpitala. W kontekście jednak możliwości zastosowania cytowanego przepisu pamiętać należy, że aby zamawiający mógł powołać się na omawianą przesłankę unieważnienia postępowania musi udowodnić, że w momencie wszczęcia postępowania nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmiana okoliczności,

w wyniku której kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Oznacza to, że dla postępowań wszczętych po dniu wejścia

w życie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego, unieważnienie postępowania w oparciu o przywołaną przez zamawiającego przesłankę jest nieuprawnione, chyba że zajądą inne dodatkowe okoliczności. Z inną sytuacją mieliśmy bowiem do czynienia dwa lata temu, kiedy nikt nie był przygotowany na zdarzenia, z którymi mieliśmy do czynienia. Już jednak fakt, że będą miały miejsce kolejne fale epidemii, było możliwe do przewidzenia i zamawiający jako jednostka, która musiała wcześniej planować wydatki na zakup potrzebnych środków - takie doświadczenia miała.

Zamawiający nie wykazał również, że z uwagi na skalę pandemii zmuszony był realizować dodatkowe zakupy, ponad te planowane przez niego wcześniej tj. w okresie wszczęcia postępowania na świadczenie usług prawnych i, że skala tych zakupów jest tak duża, że konieczne stało się ograniczenie innych wydatków. Z kolei jak wykazał odwołujący aktualnie prowadzone są przez zamawiającego trzy postępowania, których przedmiot związany jest z dokonywaniem zakupów związanych z koniecznością reagowania na występujące zdarzenia epidemiczne (wydruk z Platformy zakupowej z dnia 6 lutego 2022 r.). Wszystkie one były jednak przez zamawiającego wcześniej zaplanowane (dowód odwołującego: Plan postępowań zamieszczony przez zamawiającego w BZP w dniu 13 października 2021 r. nr 2021/BZP 00002525/20/P). Zamawiający na okoliczności przeciwne nie przedłożył żadnych dowodów, stąd nie sposób jest stwierdzić, że skala zakupów związanych z panującą sytuacją epidemiczną wzrosła w tak znaczący sposób, że konieczne jest przeznaczenie na ten cel dodatkowych środków.

Z kolei co do podnoszonej przez zamawiającego okoliczności związanej ze znacznym wzrostem inflacji oraz braku adekwatnej zmiany przez NFZ w wycenie świadczeń medycznych, należy stwierdzić, że okoliczność ta sama w sobie, nie może stać się przesłanką uprawniającą zamawiającego do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania. Faktem jest, że w ostatnim okresie znacznie wzrosły ceny niektórych towarów i usług i prognozowany jest ich dalszy wzrost. Stwierdzić jednak należy, że okoliczność ta była zamawiającemu znana już wcześniej, niż w dacie kiedy podejmował on decyzję o unieważnieniu postępowania.

Już nawet z treści złożonych przez niego dowodów w postaci „Informacji dotyczącej zakupów środków ochrony osobistej i dezynfekcji przez COZL w trakcie pandemii SARS CoV-2

w okresie 1.07.2021 r. - 31.01.2022 r. wynika, że już w poszczególnych miesiącach w IV kwartale odnotowano znaczący wzrost wydatków z tego tytułu, a pomimo tego zamawiający dopiero w styczniu 2022 r. podjął decyzję o unieważnieniu postępowania. Z kolei odnosząc się do dowodu w postaci „Informacji o zmianie cen paliwa gazowego oraz zmianie stawki VAT na dostawę energii cieplnej z 17 stycznia 2022 r. oraz 4 lutego 2022 r.”, za pomocą którego zamawiający zamierzał wykazać, że koszty prowadzonej przez niego działalności

w związku ze wzrostem cen gazu uległy znacznemu podwyższeniu, również należy wskazać, że informacje na ten temat pojawiły się już znacznie wcześniej, niż zamawiający zdecydował się postępowanie to unieważnić. Z kolei co do dowodu zamawiającego wskazującego na konieczność renegotjacji zawartych aktualnie z COZL umów to trudno stwierdzić, bez znajomości konkretnych ich postanowień, czy roszczenia takie są zasadne i mają oparcie w postanowieniach kontraktowych. W końcu też, nawet jeśli takie negocjacje zostaną podjęte z poszczególnymi dostawcami i usługodawcami, to z jakimi dodatkowymi wydatkami dla zamawiającego będzie się to wiązało. Sam zamawiający w piśmie z 4 lutego 2022 r. kierowanym do Dyrektora COZL stwierdza, że skala tego zjawiska jest trudna do oszacowania a tym samym przyznaje, że raczej mamy do czynienia z zagrożeniami wynikającymi

z konieczności renegotjacji kontraktów, niż ze stwierdzonym skutkiem w postaci

konieczności przeznaczenia dodatkowej, określonej kwoty, na pokrycie zobowiązań wynikających z umów.

W końcu nie sposób też zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, zawartym w piśmie z 20 stycznia 2022 r. informującym o unieważnieniu postępowania, że jego decyzja związana jest z wystąpieniem interesu publicznego. Interes ten zamawiający postrzega w tym, że przeznaczy środki, które wcześniej zaplanował na świadczenie usług prawnych, na zakup potrzebnych dostaw i usług związanych z koniecznością walki z epidemią.

Wprawdzie pojęcie „interesu publicznego” nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy Pzp, to próbę taką podjął Trybunał Konstytucyjny, m.in. w wyroku K 13/07, w którym wskazał, że „interes publiczny jest pojęciem niedookreślonym, którego funkcja w stosowaniu prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego w możliwości reagowania na sytuacje faktyczne doniosłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych”, prowadzącym do „elastycznego i słusznego rozstrzygnięcia spraw”. Z taką sytuacją będziemy mieli zatem do czynienia jeśli na skutek nadzwyczajnych okoliczności, już po wyborze najkorzystniejszej oferty, realizacja danego zamówienia byłaby niecelowa lub w skrajnych wypadkach wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Nie ulega wątpliwości, że z taką sytuacją nie mamy do czynienia w tym przypadku. Zamawiający nie wykazał, że możliwe jest i w jakim stopniu ograniczenie zakresu usług prawnych, które będą musiały być świadczone na jego rzecz. Sam też przyznaje, że jeden radca prawny pracujący na etacie może nie podolać wszystkim obowiązkom i będzie musiał doraźnie korzystać z usług prawnych, przy czym na dzień dzisiejszy nie jest znany zakres tych usług, a co za tym idzie również wysokość środków finansowych, które będzie musiał na ten cel przeznaczyć. Może zatem okazać się, że zatrudnienie odwołującego, który będzie mu świadczył usługi w pełnym zakresie, za kwotę określoną w ofercie, będzie dla zamawiającego korzystniejsze ekonomicznie.

W konsekwencji, Izba doszła do przekonania, że zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania nie wykazał, że wyczerpane zostały przesłanki z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp. Nie sposób jest stwierdzić, że doszło do takiej istotnej zmiany okoliczności faktycznych, które mają decydujące znaczenie dla możliwości realizacji umowy o zamówienie publiczne. Pamiętać należy bowiem, że zmiana istotna to jedynie taka zmiana, która faktycznie uniemożliwia realizację zamówienia według przyjętych dotychczas założeń. Tymczasem

w okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób uznać, że takie wystąpiły. Zamawiający nie wykazał również istnienia interesu publicznego, który byłby na tyle ważny i znaczący, że konieczne stało się ograniczenie uprawnienia wykonawcy, który oczekuje zawarcia umowy w wyniku przeprowadzonego postępowania.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz §7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania

odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu

od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....